# A defesa da Constituição pelos poderes constituídos e o Ministério Público

**SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Poder Executivo. 3 – Poder Judiciário. 4 – Poder Legislativo. 5 – O Estado Social. 6 – Ministério Público. 7 – Conclusão.**

## 1 – Introdução

O presente trabalho tem por escopo evidenciar a acuidade da função desempenhada pelo Ministério Público na atualidade e tecnicamente sua posição como instituição determinante para garantia da Constituição, mas sob novo ponto de vista, empregando os mesmos argumentos usados *a priori* para alçar cada um dos três Poderes ao mesmo plano, como defensores da Constituição.

Com o constitucionalismo emergiu um novo elemento que se incorporou definitivamente na doutrina da separação dos poderes, a Constituição, um documento escrito contendo normas referentes à divisão e organização do poder e de garantias dos governados.

Seu ponto culminante foi a revolução francesa, embora na Inglaterra já era conhecida há mais de um século a noção de Constituição e os Estados Unidos também já experimentaram algo semelhante, as cartas das colônias. Com este movimento destruiu-se o absolutismo monárquico e estabeleceram-se regras jurídicas racionais e obrigatórias.

O constitucionalismo passou por diversas fases até os nossos dias. Primeiro marcou a passagem do plano aristocrático para o democrático, depois se desvinculou do liberalismo e agora tenta adequar-se às tendências da racionalização do poder.

Com a supremacia da Constituição surgiu a questão da sua defesa, já que este novo instrumento que trazia inscritos os direitos dos cidadãos e a divisão política do Estado era constantemente violada. Portanto qual seria o órgão capaz de defendê-la? De zelar por sua aplicabilidade?

Não são poucos nem similares os ideários surgidos ao longo da história acerca da titularidade ou posição deste órgão. Neste trabalho apenas expu-

**Obs.**: Notas explicativas no final do artigo.

semos de forma sucinta os fundamentos doutrinários relacionados diretamente com a questão da defesa da Constituição envolvendo os Poderes constituídos – abstendo-nos de uma análise das doutrinas daqueles autores – demonstrando em seguida sua adequação com o momento histórico vivenciado pelo Ministério Público.

Os Poderes aqui estão analisados não como poderes constituídos, mas como poderes constitucionais, isto é, a natureza de suas funções tendo como paradigma sua relação com a Constituição, como mantenedores da ordem constitucional.

**2 – Poder Executivo**

Um dos principais teóricos da primazia do Poder Executivo para garantia da Constituição foi Carl Schmitt, que produziu diversos escritos sobre quem deveria ser o defensor da Constituição, este material foi coletado e publicado em março de 1929, sob o nome de *Der Hüter der Verfassung*, A defesa da Constituição, traduzido para o Espanhol em 1931.

Neste trabalho o publicista desautoriza o Judiciário, e de forma secundária o Parlamento, como defensores da Constituição, pregando que este papel caberia no sistema parlamentarista ao Presidente do Reich.

Já no primeiro capítulo Schmitt assevera que *"Si la Constitución descansa, según una opinión generalizada durante el siglo XIX, sobre un contrato entre el príncipe y el pueblo, entre el Gobierno y la representación nacional, cada una de las partes contratantes puede aparecer como defensora de aquella parte de la Constitución que establece sus propios derechos y atribuciones..."*.[1] Assim, utilizando a doutrina Rousseneana, prega como defensor natural da Constituição àqueles responsáveis pelo contrato social, por sua consecução.

Entre vários fundamentos Schmitt elabora um aforismo sobre a independência do poder Judiciário afirmando que não existe um Estado civil de Direito sem independência do poder Judiciário; nem justiça independente sem sujeição concreta à lei; nem sujeição concreta a lei sem uma diferenciação real entre lei e sentença judicial. O processo que existe quando se aplica uma lei ao caso concreto é bem diferente do confronte entre duas leis, quando uma afasta a outra por ser incompatível com a superior, no primeiro caso há uma subsunção, o que não ocorre no segundo. A diferença entre lei e sentença judicial é qualitativa.

Não é possível transferir ao juiz uma decisão em matéria política, que é própria do legislador, sem alterar sua posição constitucional. No Estado civil de Direito só existe Justiça em forma de sentença judicial e sobre a base de uma lei.[2]

Esta independência "limitada" do juiz, que se refere única e exclusivamente à sua relação com a Lei, suprime-lhe a legitimidade para a criação de uma vontade estatal, porquanto sua função seria apenas delimitar e assegurar, dentro de uma ordem jurídica, a aplicação das Leis e da Constituição. E isto é patente quando afirma *"La independencia judicial es solamente el otro aspecto de la sujeción del juez a las leyes, y, por esta razón, es apolítica"*.[3] Esta limitação seria conseqüência também da acessoriedade e eventualidade da atividade jurisdicional, uma vez que aplicável a fatos concretos, os quais podem – por várias razões – não serem submetidos à sua apreciação.

O autor considera o Chefe de Estado um cargo neutro e o analisa como uma instância especial que tem por objetivo garantir o funcionamento constitucional dos demais poderes e da própria Constituição, ao afirmar que: *"En un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo o control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esa causa es necesario estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales"*.[4]

O atributo, o dom natural de defensor da Constituição do Chefe de Estado exsurge através do exercício de suas atribuições legais e se revela de forma eventual, tutelar e mediadora apenas em casos de necessidade, e não constitui uma atividade contínua, imperante e reguladora, não competindo com os demais Poderes e nem causando uma expansão do próprio poder.[5]

Sua posição baseia-se na doutrina do poder neutro, de Benjamím Constant, Publicada primeiramente em *Réflexions sur les constutions et le garanties*, em 24 de março de 1814, conhecido como *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur*. Que apareceu como motivo de luta sustentada pela burguesia frente ao bonapartismo e às Constituições monárquicas.

Schmitt inclusive cita como exemplo de Constituição que adotou expressamente o *pouvoir neutre* a nossa Carta Imperial de 1824, que em seu artigo 98 prescrevia: "O poder moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos".

Quanto ao Legislativo, afirma que é impraticável a defesa da Constituição pelo Parlamento, muito pelo contrário, tal órgão é gerador da necessidade de sua defesa. O autor considera essencial para a democracia – entendida

como unidade e identidade de um povo – defender a homogeneidade e aniquilar as heterogeneidades que a ameaçam, cujo maior palco é o Parlamento, onde atuam os partidos políticos.

Para Schmitt, a evolução de certos grupos sociais, como os partidos políticos, associações e outras organizações, se apoderam eventualmente dos meios de formação da vontade política, influindo nas posições de domínio público. Todos estes grupos sociais negociam como titulares de uma massa e poder social relativamente sólida e que reagem, na maioria dos casos, em permitir que suas atuações práticas sejam objetos de uma sistemática investigação. Nem tem interesse em apurar as conseqüências práticas de sua posição, porque atento aos seus eleitores e partidários, procuram sustentar, dentro do possível, sua posição política. Assim, as resoluções jurisdicionais, de litígios constitucionais envolvendo estes grupos sociais favorecem uma coordenação das partes, especialmente quando predomina a idéia de um processo civil e suas analogias são transladadas para o processo constitucional,[6] forcejando perante o Judiciário para encobrir a realidade com um certo formalismo, mantido mediante uma antítese entre jurídico e político, utilizando-se de um jogo processual para ocultar seus verdadeiros interesses.

Na realidade a argumentação de Carl Schmitt se orienta essencialmente em fazer notar só a função de um dos órgãos que a Constituição estabelece para seu cumprimento, o Chefe de Estado, esquecendo os demais. Dá a entender que qualquer tipo de controle constitucional das funções deste órgão é supérfluo, em razão de que ele refletiria a própria vontade da Constituição, a homogeneidade. Por outro lado, vinculando à sua teoria decisionista, julga excessivamente restritas e suspeitas as atribuições do Judiciário e do Legislativo, já que os problemas políticos – do qual faz parte a defesa orgânica da Constituição – não podem ficar reservados às normas, por implicar decisões e nem à mercê de grupos sociais cujos interesses são ignorados e não convergem em benefício do Estado.

Desta forma, percebemos que Carl Schmitt em vários momentos de sua obra autoritária exalta a virtude de mediador do Chefe de Estado em conflitos envolvendo interesses nacionais, aquilatando-o como Defensor da Constituição, como que os demais Poderes não expressassem também esta qualidade, o que não é verdade. Em várias ocasiões da história observamos um dos Poderes interceder na resolução de conflitos pátrios. De certo que suas observações foram feitas com base na Constituição de Weimar, em época de grande ebulição constitucional das instituições alemãs, entretanto sua doutrina não se restringe ao seu domínio nem ao sistema Parlamentarista.

**2 – Poder Judiciário (Tribunal Constitucional)**

O principal defensor desta posição, que se proliferou por todo o mundo, foi Hans Kelsen, que integrou o primeiro dos Tribunais Constitucionais, o Austríaco, criado em 1920 pela Constituição austríaca daquele mesmo ano, conhecida como *Oktoberverfassung.* A principal obra de Kelsen nesta seara é *Wer Soll der Hüter der Verfassung sein?* Quem deve ser o defensor da Constituição?, Publicado em 1931, como resposta crítica à obra de Carl Schmitt.

Este trabalho se trata de uma consistente resposta do criador da teoria pura do direito contra os embates de Schmitt, que vinha delineando a tese de aniquilamento da normatividade mediante o decisionismo.

Kelsen de início nos dá a noção de defensor da Constituição: *"Defensor de la Constitución" significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una "garantía" de la Constitución. Dado que ésta es un ordenamiento, y como tal, en cuando a su contenido, un conjunto de normas determinadas, la "violación" de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión".*[7]

Consoante o autor, a melhor organização de uma garantia constitucional pode ser respondida de diversas formas, segundo o caráter peculiar da Constituição e a distribuição do poder político que esta determina; em especial se dá prioridade a garantias preventivas ou repressivas, ou se deve dar maior importância à anulação de ato anticonstitucional ou a responsabilidade pessoal do órgão atuante. Para ele somente uma coisa parece estar fora de discussão: a criação de um instituto por meio do qual seja controlada a constitucionalidade de certos atos do Estado subordinado imediatamente à Constituição, em especial os atos do Legislativo e do Executivo, de maneira que dito controle não possa ser transferido ao órgão cujos atos devem ser controlados.[8]

Para Kelsen não há outra instância menos idônea para tal função que aquela, precisamente, a que a Constituição confere o exercício total ou parcial do poder, e que por isso, tem em primeiro lugar a possibilidade e o impulso político para violá-la. Pois nenhum princípio jurídico pode estar tão de acordo como que: ninguém pode ser juiz de sua própria causa.[9]

Conforme o autor, a doutrina do *pouvoir neutre* em que se baseia Schmitt – criada por Benjamím Constant para sustentar a tese de que o natural defensor da Constituição era o monarca – foi somente uma ideologia através da qual a interpretação da Constituição buscava ocultar sua intenção fundamental: compensar a perda de poder que o chefe de Estava havia experimentado no trânsito

entre a monarquia absoluta e a monarquia constitucional. O que se pretendia era impedir uma eficaz garantia da Constituição, sobretudo por parte de quem principalmente a poria em perigo, o monarca junto com os ministros. A Constituição da monarquia constitucional tinha um explícito caráter dualista, distribuía o poder político entre dois fatores: Parlamento e Governo.

Carl Schmitt não pode negar que um Tribunal, quando rechaça a aplicação de uma lei inconstitucional e a anula diante de um caso concreto opera realmente como garante da Constituição. Se visualizarmos a "política" como "decisão" para a resolução dos conflitos de interesse, usando a terminologia de Schmitt, então este elemento de decisão está presente em toda decisão judicial, em maior ou menor medida, dependendo do poder discricionário outorgado pela legislação: *"Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de Derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter "político" que tiene la legislación, aunque en una medida mayor. Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa".*[10]

A anulação de leis por um Tribunal pode ser interpretada como uma divisão do Poder Legislativo entre dois órgãos, e não uma intrusão do Poder Judiciário. Não haveria neste caso uma lesão do princípio da separação dos poderes. Não se pode apegar à rigidez da fórmula da divisão de poderes em uma república democrática. Deve-se repartir o poder entre órgãos distintos, não tanto para separá-los mutuamente, mas para permitir um controle recíproco de um sobre o outro. E isto não só para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão, senão também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos.

Também na sentença do Tribunal, leciona aquele autor, e em especial de um "defensor da Constituição", participam interesses opostos, de maneira que toda decisão se toma acerca da oposição de interesses, ou seja, a favor de um ou de outro, ou em um sentido de mediação entre ambos, Kelsen aqui parece enxergar o Judiciário com mais otimismo, como palco apropriado de embates envolvendo questões nacionais, dado às garantias que o cercam: *"Así, un proceso contencioso, aun cuando no llegare a nada, es bueno por exponer claramente la real situación de los intereses. Pero todo esto no se puede ver si se oculta la oposición dada de intereses mediante la ficción de un interés general o de una unidad de intereses, que es algo esencialmente distinto y mucho más de lo que, en el mejor de los casos, puede ser un compromiso de intereses".*[11]

Nos casos mais importantes de violação da Constituição, Parlamento e Governo são partes em causa, como então permitir que uma das partes julgue a questão em que ela própria seja interessada? É aconselhável então convocar para decidir a controvérsia uma terceira instância que está fora desta oposição e que não seja partícipe do exercício do Poder que a Constituição distribuiu entre Parlamento e Governo. Que esta instância receba um certo poder é inevitável.

Kelsen doutrina que o pensamento do *pouvoir neutre* de Schmitt está em contradição com o fato de que a Constituição vincula os atos do Chefe de Estado à colaboração dos ministros, que são responsáveis perante o Parlamento. Ainda quando houvesse atos independentes do Chefe de Estado, seria impossível harmonizar estes atos com os diversos grupos de interesses, ultimando por atender a alguns e desatender os demais.

Todo Chefe de Estado, na medida em que é independente de grupos de interesses, busca, com seus atos, uma linha intermediária que também assegure sua posição. Kelsen adverte que o "poder neutro" de um defensor da Constituição deve ser algo mais que a possibilidade de um equilíbrio de interesses. E precisamente esta possibilidade está fortemente limitada pelo fato de que ele não pode atuar, na maioria das vezes, sem os ministros, que dependem da uma maioria parlamentar.

De fato, o que parece desqualificar o Chefe de Estado, ou o Chefe do Executivo, é que sua escolha se realiza por meio de uma eleição, com base em partidos políticos, como não poderia deixar de ser num regime democrático. Este fato, por si só, compromete sua independência. Não seria correto dizer que ele é eleito por todo o povo, senão por uma maioria, e sob certas condições, ou até mesmo por uma minoria em luta contra outros grupos, trazendo compromissos com setores da sociedade na tomada de certas decisões. "*No existe tal voluntad general, sino porque, además, la elección no ofrece ninguna garantía para la función del jefe de Estado de equilibrar los intereses antagónicos*".**[12]**

Destarte, Kelsen rebate os argumentos trazidos por Schmitt, garantindo uma participação democrática na formação da vontade estatal, desmascarando sua doutrina despótica, asseverando que o seu conceito usado para definir a essência de neutralidade, que deve ser pressuposto da função de um defensor da Constituição, se adapta precisamente a um Tribunal Constitucional e está orientada diretamente contra o Chefe de Estado.

**4 – Poder Legislativo**

Antes da consolidação do constitucionalismo prevalecia a idéia da soberania da Lei, da supremacia do Parlamento, que ainda vigorou até o início do

século XX, cujos adeptos pregavam a posição da própria casa legiferante, ou órgão pertencente a ela, como defensora da ordem jurídica.

Um dos expoentes defensores do Poder Legislativo como garante da Constituição foi Rudolf Smend, adepto da teoria material da Constituição. Este autor também foi o responsável pela teoria integrativa, que representa a tentativa de superar o contraste rígido entre norma e fato, deslocando o problema para o debate sobre estática e dinâmica na teoria do Estado. Nesta teoria "a Constituição é uma realidade integrante". O critério, segundo Smend, que distingue a Constituição das demais ordens jurídicas, reside no caráter político de seu objeto. A Constituição é no dizer de Smend "a ordem jurídica do Estado ou mais precisamente da vida na qual tem o Estado sua realidade vital, a saber, seu processo de integração".[(13)]

A teoria material da Constituição teve como precursor Lasalle, no século XIX, e os mais brilhantes teóricos no início do século XX, durante a Constituição de Weimar, como Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller, etc.

Hodiernamente os constitucionalistas ou sustentam com Laband, Jellinek e Kelsen uma teoria formal da Constituição, arraigados ao positivismo que culminou com a Escola de Viena ou se repartem em posições distintas, como Schmitt, Smend, Heller, Schindler etc. resultando a teoria material da Constituição, conforme flui da Escola de Zurique.

Apesar da convergência no sentido da Constituição, Smend diverge de Schmitt quanto ao órgão responsável pela sua proteção: *"La eficacia integradora de los diferentes factores de integración, en especial de los distintos órganos estatales, ha de tener la garantía de lograr una eficacia aglutinante real, y para ello puede ser la creación de una instancia suprema la solución más fácil. El pensamiento constitucionalista suele buscar dicha instancia en un "órgano irresponsable y supremo, órgano judicial máximo, cuyas decisiones pretenden una definitiva despolitización y neutralización, un tribunal constitucional, tal como (inconscientemente y desarrollado más bien históricamente) la ha llevado a cabo América en contraposición a Europa, que siempre ha preferido el órgano Legislativo".*[(14)]

É sabido que a França mostra uma sólida tradição antijudicial quanto à defesa da Constituição, o que influenciou por demais as Constituições do século XIX. Todas as vezes que se quis inserir um controle das leis ordinárias em relação à norma constitucional, esse controle foi confiado a um órgão de natureza não judicial. Alguns fatores contribuíram para esta posição, como informa Capelletti,[(15)] entre os quais a prevalência da interpretação radical da sepa-

ração dos poderes, em sua mais rígida formulação, especialmente por força dos desenvolvimentos rousseaunianos, como a direta manifestação da soberania popular, que não admitia que os atos dos órgãos superiores, mormente das Assembléias parlamentares, representativa da soberania nacional, fossem submetidos a algum controle, ainda mais por parte dos juízes.

É certo que somente após a Constituição de 1958 a França contou com uma justiça constitucional. Desde 1789 não havia algo semelhante na estrutura política daquele país. Em regra nunca houve realmente um equilíbrio de poderes, sempre predominou a Assembléia Nacional ou órgão similar, que monopolizava – salvo caso de reforma – o exercício da soberania nacional, que é a base da Constituição.[16]

Smend não acreditava no Poder Judiciário, pugnando que sua função era muito limitada e não constituía um fato integrador do Estado, além de estar afastado das questões políticas, mas aqui parece divergir mais uma vez de Schmitt, pois admite que embora distante das demandas políticas o Judiciário não estaria impedido de analisá-las: *"El poder judicial, como parte integrante del sistema de poderes estatales es, 'en quelque façon nulle', es decir, no tiene ningún valor como factor integrador, sino como factor jurídico... También el poder judicial integra, pero integra a la comunidad jurídica, no a la política, incide, por tanto, sobre un círculo, al menos en principio, distinto. En la práctica es posible que sirva también en orden a la integración política, pero la constitución le dispensa de modo explícito de esta función"*.[17]

Reputa ainda que o Legislativo teria uma função específica integrativa do Estado moderno – fazendo o papel do que é chamado no esquema constitucional clássico de "órgão supremo", por ser inerente à sua própria estrutura e natureza – repartindo o seu produto de forma dicotômica entre o Executivo e o Judiciário, atuando igualmente em ambas esferas: *"En el poder Legislativo se encuentran mucho más íntimamente ligados el sistema político y el sistema jurídico, ya que juega en ambos el papel esencial. Se trata, por un lado, de una función inmanente al Estado, una parte de la separación de poderes y, por ello, está condicionado debido a la relación en que se encuentra con el poder ejecutivo... Por otra parte, el poder Legislativo tiene una función normativa genérica en la vida jurídica..."*.[18]

Mais um propagador desta posição foi Carré de Malberg, que escreveu durante a terceira república francesa, nos anos de 1922, durante a vigência da Constituição de 1875, importante trabalho doutrinário sobre o direito constitucional francês. Influenciado, como não poderia deixar de ser, pelas circunstâncias temporais e locais, Malberg defendia a proibição da análise constitucional pelos juízes com base na doutrina de Rousseau, afirmando que as leis, por ra-

zão de suas origens têm valor de regras superiores a que estão subordinadas todas aquelas prescrições gerais e decisões particulares que são emitidas posteriormente pelo Estado, pelo menos pelas autoridades distintas do legislador.

Quando trata das funções do poder Judiciário, segundo suas condições de exercício, Carré de Malberg ensina que a sentença em nenhum caso pode contrariar ou derrogar as leis vigentes, sendo vedado o seu pronunciamento por via geral, pois o ato jurisdicional não tem poder de ato Legislativo. Segundo o princípio de direito público francês, qualquer decisão que não se reduz à execução de leis já existentes é em si uma decisão legislativa.[19]

Alguns autores como Jellinek e Laband, também não admitiam a ingerência do poder Judiciário na verificação da constitucionalidade das leis, visto que após a sua regular promulgação teriam certa força executiva, impossibilitando, a partir daí, a sua discussão.

Não podemos deixar de mencionar Sieyés, influenciado igualmente pela doutrina de Rousseau, mentor do *Jurie Constitutionnelle*, órgão do *Sénat Conservateur* durante a Constituição Francesa do ano VIII, responsável pelo controle da legalidade das leis, funcionando com a missão especial de julgar as reclamações contra toda violação dirigida à Constituição.

**5 – O Estado Social**

Em substância, estas são as posições defendidas ao longo dos anos e em distintos países. Ressaltamos que o desenvolvimento destes argumentos foi concebido quando o Estado ainda não experimentava sua exaustão funcional, com o estado social-democrático. Assim, antes se buscava definir qual o órgão capaz de defender a Constituição, ou seja, o aspecto passivo, inerte da garantia da Constituição. Agora a contenda é outra, a garantia da Constituição se deslocou para outra seara, a da sua integral efetivação.

Isto porque, enquanto a Constituição do Estado liberal do século XIX disciplinava somente as relações entre o poder estatal e os direitos individuais, as Constituições de hoje, do Estado social, intervencionista – inaugurado com a Constituição mexicana de 1917 e celebrizado com a alemã de 1919 (Weimar) – regula esfera muito mais ampla: o poder estatal, os indivíduos e a própria sociedade, disciplinando os direitos sociais concernentes às relações de produção, trabalho, educação, cultura, previdência, saúde etc., representando destarte uma grande inovação, já que os mesmos eram ignorados e desconhecidos pelo Direito Constitucional clássico.

Estes direitos sociais, na maioria das vezes dispostos através de princípios ou fórmulas vazadas apresentam um verdadeiro górdio para serem convertidos em direitos subjetivos correlatos, do que os antigos direitos de liberdade

proclamados pelo constitucionalismo liberal, exigindo uma atitude ativa por parte do Estado, ou seja, hoje o Estado também viola a Constituição, e de forma maximizada, por meio de condutas omissivas ou contrariando princípios.

A importância funcional dos direitos sociais básicos consiste em possibilitar a igualdade na sociedade, uma igualdade niveladora, volvida para a realidade, operada na esfera fática propriamente dita e não aparente, abstrata ou formal e para isto imperioso empenharmos no aprimoramento de uma instituição que possibilite, que provoque a concretização destes direitos. O saudoso Geraldo Ataliba pare ter pressentido tal necessidade: "A simples atitude de abstenção do Estado diante das gritantes desigualdades sociais e do uso do poder econômico pelos grupos que o detêm termina por operar como fator de desigualação, com conseqüências – até políticas – alarmantes. Daí o impor-se ação positiva e concreta do Estado na promoção efetiva da igualdade, ao lado de legislação compensatória das desigualdades. Nesta linha estão inúmeros preceitos constitucionais concernentes à ordem econômica e social. Tal postura, porém, tem-se revelado manifestamente insuficientes."[20]

Como colocou Bonavides, um dos mais graves problemas do Direito Constitucional decorre de que realiza os fins do Estado social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem. O problema é: como jurisdicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos.[21]

Para fazer eficazes os direitos sociais, o Estado precisa ministrar além da garantia jurídica a garantia econômica, de natureza material em complementação a primeira que é meramente formal.[22] Esta garantia virá, sobretudo através da exeqüibilidade dos direitos sociais de uma forma efetiva, por intermédio de uma instituição forte e bem estruturada, capacitada a este propósito.

Com o surgimento das Constituições sócio-democratas, próprias do Estado social, que além de regularem os direitos fundamentais e a estrutura do poder político, passaram também a regular a intervenção do Estado na ordem econômica e social, foi necessário um controle maior sobre o Legislativo e o Executivo. O primeiro porque agora tem um limite maior no exercício de suas funções: com a ampliação das matérias constitucionais restringiu-se o âmbito da liberdade do legislador – a extensão e a intensidade da sua vinculação constitucional cresceu – diminuindo sua autonomia, e o segundo porque conduz o Estado democrático de acordo com suas aspirações econômicas, que quase sempre não se coadunam com as constitucionais, com os anseios da população, e atua ao arredio da Constituição, quando não usurpa esta função em geral sob o argumento de um pseudoneoliberalismo, que nunca é em benefício do próprio Estado e sem nenhuma responsabilidade.

**6 – Ministério Público**

Seu posicionamento aqui está sendo enfrentado sob o ângulo constitucional, com sua relação com a Constituição, e não como uma instituição constituída. Depois do movimento constitucional, após a supremacia da Constituição surgiu a questão da defesa da *Lex fundamentalis*, que num primeiro momento foi analisado sob o prisma passivo, da inatividade. Mas com o evolver e o crescimento do aparato estatal, principalmente após a segunda metade do século XX, surgiu a necessidade de estabelecer um órgão que representasse a população perante a ganância e os escrúpulos do Estado, perpetrado principalmente pelo Executivo e Legislativo, e capaz de por em prática os direitos sociais assegurados pela Lei Maior.

Tecnicamente o Ministério Público foi tratado como órgão de qualquer dos Poderes: do Poder Legislativo, como fiscal da lei, como ocorreu na Venezuela, do Judiciário, pois normalmente atua junto a ele, como foi opção do constituinte de 1967, e ora do Executivo, pois que sua tarefa é administrativa, opção da Carta de 1969, ou em título ou capítulo à parte, como nas Constituições de 1934, 1946 e na atual, 1988.

Em virtude de seu desenvolvimento histórico, doutrinariamente hoje não se justifica seu posicionamento em qualquer dos Poderes, afigurando-senos o mais correto a sua sistematização em separado, à parte. Alguns consideram esta imprecisão – quanto ao órgão do qual faz parte – conseqüência da sua evolução ainda incompleta, por ainda não ter cumprido todo ciclo de sua evolução,[(23)] entretanto consideramos como premissa a sua autonomia doutrinária com relação aos três *Poderes*, já que, entre outros fatores, não desfruta de uma função isolada ou correlata com a daqueles, mas tem a função inconcussa de proteção da ordem jurídica e do regime democrático, de laborar como um elemento de implementação social pró Constituição, concretizando e tornando permanente a sua legitimidade.

Vale trazer à tona a lição de José Emmanuel Burle Filho e Geraldo Mascarenhas Filho, que mesmo não atentando para a posição do *Parquet* frente ao Estado social, foram felizes em sua asserção: “Responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, incumbido de zelar pela fiel observância da Constituição e das Leis, o Ministério Público é, na verdade, instrumento essencial da Democracia e do Estado de Direito... E se é assim, não é órgão de quaisquer dos Poderes, mas do Estado – do Estado de Direito, na medida em que o encarna, sem o representar, para preservar seus objetivos e suas regras essenciais”.[(24)]

Karl Loewenstein, um dos maiores constitucionalistas do século XX, que por coincidência ou não exerceu a função esporádica de *Special Assistant of*

*Attorney General* entre os anos de 1942 a 1944, órgão americano similar ao nosso Ministério Público, ao tratar da Constituição como dispositivo do controle do poder, já doutrinava a necessidade de um órgão fora dos três Poderes adequado para garantir o exercício legítimo do poder e dentro das prescrições constitucionais, ao afirmar que: *"Siendo a naturaleza humana como es, no cabe esperar que el detentador o los detentadores del poder sean capaces, por autolimitacíon voluntaria, de liberar a los destinatarios del poder y a si mismos del trágico abuso del poder".*[25]

Assim é que o próprio legislador constituinte de 1988 reconheceu a independência do Ministério Público ao tratá-lo em capítulo à parte, da mesma forma quando diz que é função institucional do Ministério Público "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos...." (art. 129, II), esclarecendo que o Ministério Público não é órgão de nenhum dos três Poderes Públicos, porém órgão do Estado e da Sociedade encarregado, dentre outras funções, de fazer com que os Poderes Constituídos, Executivo, Legislativo e Judiciário, no exercício de suas funções, respeitem os direitos assegurados pela Lei Magna, atuando assim como órgão constitucional, em prol do regime democrático.

A fiscalização do exercício dos Poderes do Estado pelo Ministério Público não é uma tese nova, entre nós já foi levantada com percepção pelo Ministro Seabra Fagundes em 1961, quando escreveu: "A nós se nos afigura que representaria um estágio novo e relevante na marcha gradativa para o aperfeiçoamento das instituições políticas nacionais, do qual é corolário a mais ou menos perfeita preservação da ordem jurídica, a entrega ao Ministério Público, do dever de zelar pela exata aplicação do direito objetivo por parte do legislador e da administração. Ao Ministério Público se cometeria suscitar a decretação de nulidade dos atos, legislativos ou administrativos, contrários à Constituição da República, às Constituições Estaduais, ou uma lei qualquer, desde que a repercussão deles, pela generalidade das suas conseqüências, afetasse, de modo especial, o interesse coletivo, ou, de qualquer maneira, um patrimônio público (da União, de algum Estado, Município, ente autárquico ou sociedade de economia mista)".[26]

**7 – Conclusão**

A defesa da Constituição hodiernamente é muito mais do que meramente retirar do ordenamento constitucional normas contrárias à Constituição. A amplitude da defesa denota não apenas zelar para que a Constituição não seja violada, mas, sobretudo, garantir que ela seja integralmente cumprida através de uma atuação ampla, dinâmica e eficaz, exigindo um respeito total e completo a sua vontade, tornando concretos também aqueles direitos sociais, que correspondem agora a direitos de grupos ou de toda uma classe e não só de

indivíduos, como outrora, conduzindo a uma verdadeira, ou bem próxima, igualdade social, fim último de uma ordem democrática.

Embora os Poderes tenham sido analisados sob uma perspectiva passiva da defesa da Constituição, há quase um século (quando a sua defesa denotava uma posição de retaguarda), os argumentos empregados podem ser os mesmos, e continuam atuais para apontarmos o Ministério Público como instituição determinante para exercer e provocar a defesa da Constituição (numa posição de vanguarda), função que hoje deve ser alçada de forma independente em relação aos Poderes constituídos. Vejamos:

1) Segundo Carl Schmitt e Kelsen o melhor seria organizar uma instância especial que tenha por objeto garantir o funcionamento constitucional dos Poderes e da própria Constituição para evitar que um tenha predomínio sobre os outros: assim é o Ministério Público, um órgão independente e autônomo, tanto administrativo e financeiramente dos demais, cuja principal função é garantir a vontade da Constituição;

2) O Ministério Público está fora dos grupos sociais a que Schmitt se refere, sem interesse econômico ou político em acobertar a realidade com formalismos, visto que sua função, e até mesmo a razão de sua existência, é a defesa da sociedade, garantir a aplicação das leis, dos direitos indisponíveis e sociais;

3) O *Parquet* pode ser encarado como uma “justiça constitucional”, não no sentido exato empregado por Kelsen, mas como instituição neutra, que atua também perante o Judiciário, não tendo sua atuação limitada, uma vez que sua esfera de atuação em grande parte é extrajudicial, servindo, como quer Smend, de órgão integrador do Estado, atuando perante os três poderes, com o objetivo precípuo de fazer valer por inteiro a Constituição, visando uma democracia real;

4) Kelsen afirma que geralmente o Legislativo e o Executivo são os maiores violadores da Constituição, como então permitir que um destes poderes, ou algum órgão destes Poderes tenha a incumbência de defendê-la? Não há instância menos adequada do que aquelas a que a Constituição confere certa parcela de poder. Como bem asseverou o publicista, a instância mais apropriada para exercer atos e titularizar atribuições que visem promover a defesa da Constituição é aquela que não se constitui em Poder estatal, apta a buscar o desenvolvimento constitucional do Estado;

5) A conclamada independência é pressuposta para que o Ministério Público, atendendo às expectativas cometidas pelo Estado Social, para estar à sua altura, crie meios e instrumentos para operacionalizar os direitos sociais –

cujo principal transgressor é o Estado – convertendo-os em direitos subjetivos, sendo este atualmente o seu maior desafio.

Não há que se falar em uma novel prole do Leviatã, mas de uma instituição que possui um severo controle externo, tanto por parte do Legislativo, através do controle orçamentário do Tribunal de Contas e da destituição do Procurador-Geral de Justiça, por parte do Executivo, responsável pela nomeação do chefe da instituição através de lista tríplice dentre integrantes da carreira, e do próprio Judiciário, a quem são dirigidas diversas pretensões e iniciativas do Ministério Público.

Este estudo demonstra além da impossibilidade do Ministério Público pertencer a qualquer um dos três poderes, a sua capacidade e vocação histórica de exercer um controle diligente sobre aquelas condutas que estão imediatamente sob os auspícios da Lei Maior. Se antes era aquilatado como fiscal da lei, agora guardião da Constituição.

Urge entrementes, a criação de todo um alicerce doutrinário que servirá como base de sustentação para o desenvolvimento de instrumentos que permitam ao Ministério Público cumprir este meritório posto de garante da Constituição social, passando da esfera da doutrina para o campo raso da realidade e da história, onde as instituições deitam raízes.

A Constituição não pode ser somente um articulado de expectativas não realizadas, porque exatamente não realizadas serão sempre as esperanças das classes dominadas.[27] O Ministério Público como órgão do Estado e da sociedade, deve ser compreendido, fortalecido, aprimorado e respeitado pelos poderes e agentes públicos, sendo-lhe conferido os instrumentos necessários ao exercício de sua função, sem os quais padecerá sem efetividade, deixando ao alento toda uma sociedade que espera ver potencializados aqueles direitos sociais e econômicos, que conduzirão a uma completa integração entre Constituição e realidade social.

**Notas Explicativas**

(1) CARL SCHMITT. *“La defensa de la Constitución”*. Tradução de Manuel Sanches Sarto. Madrid: Tecnos, 1998, pág. 40.

(2) *Ibid.*, págs. 78-79.

(3) *Ibid.*, págs. 248.

(4) *Ibid.*, pág. 214.

(5) *Ibid.*, pág. 220.

(6) *Ibid.*, pág. 120.

(7) HANS KELSEN. *“Quién debe ser el defensor de la Constitución?”*. Tradução de Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1999, pág.3.

(8) *Ibid.*, págs. 4-5.

(9) *Ibid.*, pág. 5.

(10) *Ibid*., pág. 19.
(11) *Ibid*., pág. 42.
(12) *Ibid*., pág. 63.
(13) RUDOLF SMEND. “*Constitucion y derecho constitucional*”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 133.
(14) *Ibid*., págs. 149-150.
(15) MAURO CAPELLETTI. “O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado”. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Safe, 1992. págs. 96-98.
(16) GARCIA GARCIA-PELAYO. “*Derecho constitucional comparado*”. Madrid: Alianza editorial, 1993, pág. 498.
(17) SMEND, *op. cit*., págs. 156-157, nota 13.
(18) *Ibid*., págs. 157-158.
(19) R. CÁRRE MALBERG. “*Teoria general del Estado*”. México: Fondo de cultura económica, 2000, pág. 681.
(20) GERALDO ATALIBA. “República e constituição”. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 163.
(21) PAULO BONAVIDES. “Curso de direito constitucional”. São Paulo: Malheiros, 1999, pág. 338.
(22) *Ibid*., pág. 596.
(23) JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO e GERALDO MASCARENHAS FILHO. “Ministério Público e Constituição: organização básica do Ministério Público na Constituição”. São Paulo: 6º Congresso Nacional do Ministério Público: Justiça e constituinte, 1985, pág. 72.
(24) *Ibid*., pág. 75.
(25) KARL LOEWENSTEIN. “*Teoria de la constitución*”. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Madrid: Ariel, 1965, pág. 149.
(26) MIGUEL SEABRA FAGUNDES. “O Ministério Público e a preservação da ordem jurídica no interesse coletivo”. Revista “*Justitia*”, São Paulo, v. 35, 1961.
(27) ARTHUR PINTO FILHO. “Constituição, classes sociais e Ministério Público”. *In*: Ministério Público: Constituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997, pág. 83.